



University of Groningen

Case note: ECLI:NL:RVS:2014:3323

Beltman, Daan; van Os, Carla

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Beltman, D., & van Os, C., (2014). Case note: ECLI:NL:RVS:2014:3323, Nr. 201403279/1/V1, Nr. ECLI:NL:RVS:2014:3323, 14 blz., aug 28, 2014. (Jurisprudentie Vreemdelingenrecht (JV); Vol. 2014, Nr. 331).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

NOOT

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 28 augustus 2014, 201403279/1/V1

Artikel 8 EVRM, moderne communicatiemiddelen, belangenafweging, belang van het kind

1. De Minister van Buitenlandse Zaken (dat had eigenlijk de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie moeten zijn¹) is in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank. Hij stelt dat de rechtbank in haar oordeel onvoldoende terughoudendheid heeft betracht door in het kader van de belangenafweging die wordt uitgevoerd ten aanzien van artikel 8 EVRM een groter gewicht toe te kennen aan de individuele belangen van de vreemdeling dan aan het algemene belang van de staatssecretaris. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) gaat hierin mee en verklaart het hoger beroep kennelijk gegrond. Betrokkene, afkomstig uit Tunesië, heeft een aanvraag tot afgifte van een machtiging voorlopig verblijf (mvv) ingediend op 11 oktober 2012 met het doel ‘gezinshereniging bij echtgenote’. Zijn echtgenote en hun dochter, die geboren is in 2008, hebben de Nederlandse nationaliteit. De aanvraag wordt afgewezen op grond van het ‘openbare orde’-criterium (artikel 3.77 Vb 2000 *jo.* paragraaf B1/4.4 Vc 2000) omdat betrokkene in 2010 strafrechtelijk is veroordeeld tot een geldboete van € 450,-. De Afdeling is voorts met de minister van oordeel dat betrokkenen invulling kunnen geven aan het gezinsleven via moderne communicatiemiddelen en tijdens vakantiebezoek.

2. Aangezien de mvv niet verstrekt wordt vanwege het niet voldoen aan één van de reguliere voorwaarden (artikel 3.71 e.v. Vb 2000), maar het gezinsleven tussen betrokkenen niet wordt betwist, staat de vraag centraal of artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) de staatssecretaris noopt betrokkene alsnog een mvv te verstrekken. Om een antwoord te krijgen op deze vraag dient een ‘*fair balance-test*’ te worden uitgevoerd, oftewel een evenredige belangenafweging tussen enerzijds het individuele belang van de betrokkenen en anderzijds het algemeen belang van de staatssecretaris. Allereerst staan we stil bij de wijze waarop dit volgens het huidige beleid wordt gedaan. Daar plaatsen we enkele kanttekeningen bij (nrs. 3-7). Voorts gaan we in op de recentelijke ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 8 EVRM en het ‘belang van het kind’ (nrs. 8-9). Vervolgens zullen we uitgaande van deze situatie vanuit een multidisciplinaire visie iets zeggen over hoe in het onderhavige geval de Afdeling heeft geoordeeld over het hoger beroep van de minister (nrs. 10-17).

3. Bij de uitvoering van de ‘*fair balance test*’ maakt het Nederlandse beleid onderscheid tussen migranten die reeds een vergunning voor langdurig verblijf² hebben gehad (groep 1) en migranten die dat niet hebben gehad en voor het eerst om toelating vragen voor langdurig verblijf (groep 2). Voor de eerste groep geldt dat door de afwijzing van de aanvraag voor een verblijfsvergunning om gezinsleven blijvend uit te oefenen in Nederland de Staat zich inmengt in het gezinsleven van betrokkenen doordat een eerder vastgestelde juridische verblijfsstatus niet wordt gecontinueerd. In deze gevallen is er sprake van ‘inmenging’ en wordt artikel 8, tweede lid, van het EVRM getoetst: “*Geen inmenging van enig openbaar*

¹ Zie hierover de noot van Bex-Reimert bij ABRvS 30 april 2014, *JV* 2014/232: de bestreden beschikking dateert van 27 september 2013, derhalve na 1 juni 2013, de dag dat de bevoegdheid tot de behartiging van aangelegenheden aangaande de mvv overging van de Minister van Buitenlandse Zaken naar de Minister van Veiligheid en Justitie, voor welke de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie belast is met het nemen van besluiten over asiel en immigratie krachtens artikel 46 van de Grondwet.

² Opvolgende visa voor kort verblijf tellen niet.

gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”³ Het tweede lid van artikel 8 EVRM wordt in het Nederlandse beleid buiten beeld gehouden waar het gaat om de tweede groep migranten. In die gevallen wordt bezien of de Staat mogelijk een positieve verplichting heeft verblijf toe te staan. Daar zal volgens het EHRM alleen sprake van zijn bij uitzonderlijke omstandigheden.⁴ Je kan je afvragen of het juist is om in die gevallen artikel 8, tweede lid, EVRM buiten de ‘*fair balance test*’ te laten. Inmenging in het gezinsleven door toedoen van de overheid veronderstelt ons insziens niet een wijziging in de formele juridische status (wel of geen status voor langdurig rechtmatig verblijf), maar een wijziging in de feitelijke, actuele situatie met betrekking tot het gezinsleven: het samen leven van de gezinsleden. Afwijzing van een aanvraag voor een juridische status die nog niet eerder bestond, heeft weliswaar geen wijziging van de juridische status ten gevolg, maar kan, wanneer sprake is van ‘gezinsleven’, terdege gevolgen hebben voor de feitelijke/actuele situatie van gezinsleven van de betrokkenen. Daar waar een overheidsbesluit leidt tot beïnvloeding van het gezinsleven is *de facto* sprake van inmenging (in het gezinsleven). In die gevallen zou artikel 8, tweede lid, EVRM ook van toepassing moeten kunnen zijn op groep 2. Het EHRM lijkt dit te bevestigen doordat zij in haar arresten⁵ geen blijk geeft van een duidelijk onderscheid in de gevallen waarin artikel 8, tweede lid, EVRM wel of niet van toepassing is⁶, zoals de Nederlandse overheid dat in haar beleid wel pleegt te doen.⁷ Het onderscheid dat de Nederlandse overheid zo hardlijng maakt is niet eenduidig af te leiden uit de jurisprudentie van het EHRM en doet daarom af aan de bescherming die burgers toekomen op basis van artikel 8 EVRM.

4. Vervolgens wordt in het Nederlandse beleid wanneer eenmaal is vastgesteld of sprake is van een migrant die valt onder de eerste groep of de tweede groep een ‘*fair balance test*’ uitgevoerd. Deze ‘*fair balance test*’ kan alleen ‘fair’ plaatsvinden als het feit dat een migrant reeds langdurig rechtmatig verblijf heeft gehad als één van de factoren wordt beschouwd in de belangenafweging. Of deze factor doorslaggevende betekenis heeft, hangt van de overige omstandigheden af die spelen in de concrete context van het geval. De kans dat de belangenafweging in het voordeel van de migranten uit groep 1 gunstig uitpakt, is groter, maar hangt uiteraard nog steeds af van de overige omstandigheden die in het concrete geval in de belangenafweging een rol spelen.

5. Een volgende opmerking over het huidige artikel 8 EVRM beleid hangt samen met de regelmatig voorkomende terechtwijzing van de staatssecretaris richting de migrant, weliswaar

³ Zie paragraaf B7/3.8.2 van de Vc 2000.

⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 april 2007, JV 2007/251, §46 (*Konstadinov v. the Netherlands*); EHRM 1 december 2005, JV 2006/34, m.nt. Van Walsum, §42 (*Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*).

⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 26 mei 1994, NJ 1995/247 (Keegan t. Ierland); EHRM 3 oktober 2014, JV 2014/343, m. nt. Boeles, §108 (*Jeunesse t. Nederland*): "(...) the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, none the less, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole (...)"

⁶ Zie bijvoorbeeld recentelijk EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner, §97 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*): ook in gevallen waarin sprake is van gezinsleven aangegaan bij irregulier verblijf toetst het EHRM artikel 8, tweede lid, EVRM.

⁷ Zie M.A.K. Klaassen en G.G. Lodder, Artikel 8 EVRM. Kroniek gezinshereniging II, A&MR 2014, nr. 02, p. 117.

naar aanleiding van jurisprudentie van het EHRM⁸, over het ‘aangaan van gezinsleven en het krijgen van kinderen’ ten tijde van een precaire juridische verblijfsstatus. De staatssecretaris doet dat om af te kunnen doen aan het individuele belang van de migrant om met zijn gezin gezinsleven uit te oefenen. Het is een factor die als één van de factoren betrokken wordt in de ‘*fair balance test*’ en in dit geval ten voordele weegt van het algemeen belang van de staatssecretaris. De vraag is of de overheid hiermee niet treedt in het recht op zelfbeschikking, in het bijzonder het recht op reproductieve autonomie, ofwel het recht om een gezin te stichten. Dit recht wordt onder meer beschermd in artikel 16, eerste lid, van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM)⁹, artikel 23, tweede lid, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)¹⁰, artikel 16, eerste lid, onderdeel e, van het VN-Vrouwenverdrag¹¹ en artikel 12 EVRM.¹² Het EHRM schaaft dit zelfbeschikkingsrecht onder de werking van artikel 8 EVRM, het behelst onder meer het respect voor beslissingen om al dan niet zwanger te worden¹³, en daarmee het recht om de omstandigheden te kiezen om ouder te worden.¹⁴ Deze discussie kent ook ethische aspecten.¹⁵ We laten die aspecten verder buiten beschouwing maar willen wel stilstaan bij de vraag in hoeverre de overheid besluiten kan nemen ten aanzien van een ouder waarvan het kind uiteindelijk kind van de rekening wordt. Het EHRM heeft in de zaak van *Butt tegen Noorwegen* overwogen dat kinderen de gevolgen kunnen dragen van keuzes van de ouders wanneer blijkt dat de situatie van de kinderen wordt gebruikt om rechtmatig verblijf te realiseren.¹⁶ In dit arrest, die volgens annotator Stronks een enigszins verwarrende argumentatie bevat, laat het EHRM zich niet uit over de verdere implicaties van deze overweging. In het geval van *Butt* ging die vlieger overigens niet op omdat de kinderen reeds meerderjarig waren en de moeder inmiddels was overleden. In een tweede arrest waarin naar dezelfde passage uit het arrest *Butt tegen Noorwegen* wordt verwezen, in de zaak *Kaplan en anderen tegen Noorwegen*, wordt ook alleen maar volstaan met deze enkele overweging zonder daar gevolgen uit te trekken.¹⁷ Het EHRM oordeelde uiteindelijk in beide zaken dat er sprake was van uitzonderlijke omstandigheden die een positieve verplichting meebrengen voor de Staat om verblijf toe te staan. In het laatste geval was het ‘belang van het kind’

⁸ EHRM 28 mei 1985, NJ 1988/187, m.nt. Alkema, §68 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90, m.nt. Boeles, §39 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*). EHRM 3 oktober 2014, JV 2014/343, m.nt. Boeles, §108 (*Jeunesse t. Nederland*).

⁹ Art. 16 lid 1 UVRM: Zonder enige beperking op grond van ras, nationaliteit of godsdienst, hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht om te huwen en een gezin te stichten. Zij hebben gelijke rechten wat het huwelijk betreft, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan.

¹⁰ Art. 23, lid 2 IVBPR: Het recht van mannen en vrouwen van huwbare leeftijd een huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten wordt erkend.

¹¹ Art. 16 lid 1 VN-Vrouwenverdrag: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag, nemen alle passende maatregelen om discriminatie jegens de vrouw in alle aangelegenheden betreffende huwelijk en familiebetrekkingen uit te bannen, en verzekeren in het bijzonder, op basis van gelijkheid van de man en de vrouw: sub e: dezelfde rechten om in vrijheid en bewust een beslissing te nemen over het aantal van hun kinderen en het tijdsverloop tussen de geboorten daarvan en te kunnen beschikken over de informatie, vorming en middelen om hen in staat te stellen deze rechten uit te oefenen.

¹² Art 12 EVRM: Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.

¹³ EHRM 10 april 2007, NJ 2007/459, m.nt. De Boer; *NJCM-Bulletin* 2007, p. 872, m.nt. Kütke & Turvey, §71 (*Evans t. Verenigd Koninkrijk* (GC)).

¹⁴ EHRM 14 december 2010, GJ 2011/35, m.nt. Hendriks, §22 (*Ternovszky t. Hongarije*).

¹⁵ <http://www.volkskrant.nl/wetenschap/mag-iedereen-in-nederland-kinderen-krijgen~a3241467/> : Het onderliggende thema van dit krantenartikel ziet op een andere context, maar je kunt je afvragen of migranten die door immigratieregels in zekere mate gedwongen worden om gedurende een onzekere verblijfsstatus af te zien van het krijgen van kinderen feitelijk niet ook tot dezelfde groep horen waarover in dit artikel gesproken wordt.

¹⁶ EHRM 4 december 2012, JV 2013/85, m.nt. Stronks (*Butt t. Noorwegen*).

¹⁷ EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner, §86 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

doorslaggevend (zie ook hieronder). Wij lezen de betreffende overweging uit *Butt tegen Noorwegen* zo dat deze niet als afwegingsgrond in de weg kan staan aan het gezinsleven tussen ouders en kinderen, maar dat het EHRM hiermee heeft willen verduidelijken dat het niet de bedoeling is dat migranten ook wanneer ze kinderen krijgen de Staat met hun aanwezigheid confronteren als een voldongen feit (*fait accompli*) op basis waarvan verblijf op grond van artikel 8 EVRM toegestaan zou moeten worden.¹⁸ Mocht deze overweging in de ‘*fair balance test*’ betrokken worden ten nadele van de migrant, dan zou wel eerst vastgesteld moeten worden dat de ouders de situatie van de kinderen daadwerkelijk ‘misbruiken’ om voor hunzelf en de kinderen rechtmatig verblijf te realiseren.

6. Op nationaal niveau is het veelbesproken en bekritiseerde ‘kinderpardon’¹⁹ er gekomen omdat de overheid een regeling wilde treffen voor de langdurig verblijvende kinderen die door toedoen van de overheid (lange procedures) en keuzes gemaakt door de ouders (herhaalde aanvragen) de dupe zouden worden doordat ze onder het fungerende beleid uitgezet hadden moeten worden naar landen waar ze nooit zijn geweest. Zonder in te gaan op de manco’s die deze regeling bevat, kan wel gesteld worden dat het uitgangspunt van het kinderpardon was om het ‘belang van het kind’ voorop te stellen door de keuzes die de ouders in het verleden hadden gemaakt niet toe te rekenen aan het kind.²⁰ Dit vereiste, dat terug te vinden is in artikel 3 van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind (VRK²¹) en artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) en onderdeel is van de toetsing van artikel 8 EVRM, moet in de ‘*fair balance test*’ ook een eerste overweging zijn. Wij vragen ons af of de omstandigheid, dat een migrant gedurende een onzekere juridische verblijfsstatus kinderen krijgt een factor is die überhaupt meegewogen mag worden ten nadele van de migrant, omdat dit indruist tegen het vereiste dat het ‘belang van het kind’ met zich brengt, dat het kind niet de dupe mag worden van de keuzes van de ouders.²²

7. We moeten het doen met het huidige beleidskader, waarin voordat de ‘*fair balance test*’ aanvangt het lijkt alsof de migranten uit groep 2 achter de feiten aanlopen, omdat de staatssecretaris vanuit zijn beleid al bij voorbaat concludeert dat er voor die groep geen sprake van ‘inmenging’ kan zijn, waardoor enkel een insteek wordt gekozen voor de ‘*fair balance test*’ die uitgaat van een mogelijk ‘positieve verplichting’ van de staatssecretaris om verblijf toe te staan. De praktijk wijst uit dat slechts in geval van uitzonderlijke omstandigheden²³ het individuele belang het algemeen belang opzij kan zetten waarbij daarnaast ook nog objectieve belemmeringen²⁴ aanwezig moeten zijn om het gezinsleven uit te oefenen in het land van herkomst. Zoals hierboven al geconcludeerd doet deze eenzijdige toets af aan de bescherming die artikel 8 EVRM biedt aan burgers. Daarnaast zijn de kinderen van de migranten uit groep 2 nog eens extra in het nadeel omdat zij in de ogen van de staatssecretaris daadwerkelijk de

¹⁸ EHRM 31 juli 2008, JV 2008/330, m.nt. Boeles, §64 (*Darren Omoregie t. Noorwegen*).

¹⁹ Zie bijvoorbeeld: M.L. van Riel, Pardon Kinderen! De regeling langdurig verblijvende kinderen, *A&MR* 2013, nr. 4; C.A.F.M. Grutters en E.C.C. van Os, Het ene gewortelde kind is het andere wél, *A&MR* 2013, nr. 7; C.J. Ullersma en J. Werner, De regeling langdurig verblijvende kinderen: Tussen pardon en kinderrecht, *A&MR* 2013, nr. 9; F. Heinink, De eerste rechtbankjurisprudentie van de RLVK nader beschouwd, *JNVR* 2014, nr. 3/27.

²⁰ Zie toelichting op het Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 30 januari 2013, nummer WBV 2013/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Staatscourant* 31 januari 2013, nr. 2573, p. 10.

²¹ In tegenstelling tot de veel in jurisprudentie en literatuur gebruikte afkorting “VRK” hanteren wij in navolging van Willems de afkorting ‘VRK’: zie J.C.M. Willems, ‘Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind: waarom VRK goed is en VRK (eigenlijk) fout’, *Ars Aequi* 2007, p. 513-514.

²² Zie hierover de noot van Werner bij EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320 (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

²³ EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90, m.nt. Boeles (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

²⁴ EHRM 19 februari 1996, AB 1998/53, §42 (*Gül t. Zwitserland*) en zie ook EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90, m.nt. Boeles (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer t. Nederland*).

dupe kunnen worden van het gedrag van hun ouders.²⁵ Een eerlijke ‘*fair balance test*’ lijkt dan al bij voorbaat uitgesloten.²⁶

8. In geval in de ‘*fair balance test*’ omstandigheden spelen waarin strafrechtelijke antecedenten aan de orde zijn, zijn drie uitspraken van het EHRM relevant.²⁷ Dat zijn de zaken *Boultif tegen Zwitserland*²⁸, *Üner tegen Nederland*²⁹ en *Maslov tegen Oostenrijk*³⁰. Wanneer in een zaak ook kinderen een rol spelen, dient, gelet op de laatste twee arresten, in de ‘*fair balance test*’ het ‘belang van het kind’ meegewogen te worden. Het ‘belang van het kind’ moet volgens artikel 3 VRK in zo’n belangenafweging een eerste overweging zijn waarbij gekeken moet worden naar de ontwikkeling van het kind (ex artikel 6 VRK).³¹ Sinds enkele jaren komt dit aspect steeds nadrukkelijker naar voren in de jurisprudentie van het EHRM³² en met name ook recentelijk in de ‘migratie’-zaken *Kaplan en anderen tegen Noorwegen*³³ en *Jeunesse tegen Nederland*.³⁴ Het EHRM beoordeelt in de ‘*fair balance test*’ wat de (ontwikkelings)³⁵gevolgen zijn van het besluit voor de kinderen, lettend op de huidige situatie in land van herkomst (bijvoorbeeld of het kind te maken heeft met één³⁶ of twee ouders³⁷) en een toekomstige situatie in het land van herkomst indien het kind genoodzaakt is zijn of haar ouder(s) te volgen (bijvoorbeeld of er voor het kind objectieve belemmeringen zijn om te verblijven in het land van herkomst van de ouders).³⁸ Het lijkt erop dat hoe groter de (verwachte) negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van het kind zijn, des te zwaarder het belang van het kind gaat wegen in de ‘*fair balance test*’. Uit beide arresten blijkt dat de belangen van het kind zelfs van dusdanige betekenis kunnen zijn dat de aanwezigheid van objectieve belemmeringen om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen geen nadrukkelijk vereiste meer is om verblijf toe te staan. Uit het arrest *Kaplan en anderen tegen Noorwegen* kan afgeleid worden dat aan het belang van het kind een doorslaggevende betekenis kan worden gehecht in verband met de ontwikkelingsgevolgen van het kind wanneer tot uitzetting wordt overgegaan zelfs wanneer sprake is van een migrant met strafrechtelijke antecedenten die valt onder groep 2.³⁹ In het arrest *Jeunesse tegen Nederland* heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat wil het ‘belang van het kind’ betrokken kunnen

²⁵ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3867, <http://uitspraken.rechtspraak.nl/>, r.o. 5.2.

²⁶ Zie de noot van Werner bij EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

²⁷ Zie M.A.K. Klaassen en G.G. Lodder, Artikel 8 EVRM. Kroniek gezinshereniging II, A&MR 2014, nr. 02, p. 106.

²⁸ EHRM 2 augustus 2001, JV 2001/254, m.nt. Boeles (*Boultif t. Zwitserland*).

²⁹ EHRM 18 oktober 2006, JV 2006/417, m.nt. Boeles (*Üner t. Nederland*).

³⁰ EHRM 23 juni 2008, JV 2008/267, m.nt. Boeles (*Maslov t. Oostenrijk*).

³¹ Zie: EHRM, 6 juni 2010, NJ 2010/644, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*); EHRM 28 juni 2011, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*).

³² Zie voor een jurisprudentie-analyse E. Nissen, Het ‘best interests’-beginsel in de rechtspraak over artikel 8 EVRM, A&MR 2013 nr. 7, p. 337-343 en zie tevens A.M. Reneman, Het kinderrechtenverdrag krijgt tanden, A&MR 2011 nr. 8, p. 349-362 en C. van Os en D. Beltman, Kinderrechten in het migratierecht, in: M. Blaak e.a. (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht. Een toelichting voor rechtspraak en jeugdbeleid op het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*, Leiden, Defence for Children 2012, p. 681-689.

³³ EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

³⁴ EHRM 3 oktober 2014, JV 2014/343, m.nt. Boeles, §108 (*Jeunesse t. Nederland*).

³⁵ Zie met name EHRM, 6 juni 2010, NJ 2010/644, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*) en EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

³⁶ EHRM 28 juni 2011, JV 2011/402, m.nt. Van Walsum (*Nunez t. Noorwegen*).

³⁷ EHRM 14 februari 2012, JV 2012/170, m.nt. Van Walsum (*Antwi t. Noorwegen*).

³⁸ EHRM 14 februari 2012, JV 2012/170, m.nt. Van Walsum (*Antwi t. Noorwegen*); EHRM 30 juli 2013, JV 2013/302 (*Berisha t. Zwitserland*); EHRM 16 april 2013, JV 2013/246, m.nt. Van Walsum (*Udeh t. Zwitserland*); EHRM 15 november 2012, JV 2012/2 (*Kissiwa Koffi t. Zwitserland*).

³⁹ EHRM 24 juli 2014, JV 2014/320, m.nt. Werner (*Kaplan en anderen t. Noorwegen*).

worden in de besluitvorming het ook eerst onderzocht zal moeten worden⁴⁰ voordat de ‘*fair balance test*’ uitgevoerd kan worden.⁴¹

9. De mate waarin het ‘belang van het kind’ een rol speelt in de ‘*fair balance test*’ is ten eerste afhankelijk van die specifieke belangen van het kind die in het concrete geval aan de orde zijn en daarnaast van de overige omstandigheden die in de zaak een rol spelen. Wanneer het voor het EHRM duidelijk is dat de omstandigheden dusdanig zijn dat aan het ‘belang van het kind’ geen doorslaggevende betekenis hoeft te worden gehecht, lijkt het erop dat er niet⁴² of nauwelijks⁴³ aan wordt gerefereerd.⁴⁴ Het enkele feit dat er niet naar verwezen wordt, betekent niet dat het ‘belang van het kind’ niet is beoordeeld. In de hierboven genoemde recente zaken, waarin het ‘belang van het kind’ doorslaggevend effect heeft gehad, lijkt het erop dat het EHRM het ‘belang van het kind’ *ex* artikel 3 VRK als een eerste overweging ter motivering uitwerkt. De zaken waarin het ‘belang van het kind’ niet of nauwelijks wordt besproken zijn de zaken waarin het EHRM blijkbaar tot de conclusie is gekomen dat het ‘belang van het kind’ geen doorslaggevende betekenis heeft in de context van het concrete geval. Het EHRM werkt de ‘belang van het kind’ toets dan ook niet verder uit. Dit motiveringsgebrek is niet in lijn met de richtlijnen uit het General Comment nummer 14 van het VN-Kinderrechtencomité⁴⁵. Dat stelt dat wanneer andere belangen het ‘belang van het kind’ ‘overrulen’ er gemotiveerd moet worden waarom het ‘belang van het kind’ geen doorslaggevend effect heeft.

10. De omstandigheden die in de onderhavige zaak aan de orde worden gesteld in het kader van de ‘*fair balance test*’ zijn de volgende. De Nederlandse dochter van de aanvrager en referente heeft hoor-, spraak-, en ontwikkelingsproblemen waardoor zij in Nederland afhankelijk is van speciaal onderwijs. Dit gegeven brengt een objectieve belemmering mee om het gezinsleven met vader in Tunesië uit te oefenen. Naar aanleiding van een eerdere uitspraak van de rechtbank op 16 augustus 2013⁴⁶ heeft verweerder dit ook erkend in de bestreden beschikking.⁴⁷ Daarnaast ontvangt referente opvoedingsondersteuning. Vader is feitelijk betrokken bij de opvoeding van zijn kind. Op dit moment wordt invulling gegeven aan het gezinsleven door het gebruik van moderne communicatiemiddelen en vakantiebezoeken. Wat betreft zijn strafrechtelijk verleden is hij eenmaal veroordeeld tot het betalen van een geldboete in verband met twee verschillende strafrechtelijke incidenten (een uit de hand gelopen ruzie in het uitgaansleven en een uit de hand gelopen ruzie in de privésfeer). Vader heeft het transactievoorstel aanvaard en is na zijn veroordeling niet opnieuw in de fout gegaan. Er is derhalve geen sprake van recidive. Tot slot heeft vader nimmer irregulier in Nederland verbleven. Hij heeft meerdere malen op basis van een visum

⁴⁰ Zie voor de wijze waarop: M.E. Kalverboer en D. Beltman, General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures. De toepassing van General Comment nummer 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien van het ‘belang-van-het-kind’-beginsel in vreemdelingenprocedures, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2014, nr. 7/8, p. 187-193.

⁴¹ EHRM 3 oktober 2014, *JV* 2014/343, m.nt. Boeles, §109 en §120 (*Jeunesse t. Nederland*).

⁴² EHRM 25 juni 2013 (dec.), nr.11453/13 (*Muradi & Alieva t. Zweden*); EHRM 3 april 2012, (dec.), nr. 1722/10 (*Biraga e.a. t. Zweden*); EHRM 3 november 2011, *JV* 2012/3, m.nt. Helmink (*Arvelo Ponte t. Nederland*).

⁴³ EHRM 10 april 2012, <http://hudoc.echr.coe.int>, nr. 53586/08 (*Akbulut t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 14 juni 2011, *JV* 2011/331, m.nt. Van Walsum, §68 (*Osman t. Denemarken*).

⁴⁴ Vgl. Spijkerboer die tot de conclusie komt dat het EHRM haar argumentatie aanpast aan de gewenste uitkomst: T. Spijkerboer, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, 2009, p. 279.

⁴⁵ Zie: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf, p. 20.

⁴⁶ Rechtbank ’s-Gravenhage, zittingsplaats Haarlem, 16 augustus 2013, niet gepubliceerd.

⁴⁷ Minister van Buitenlandse Zaken, 27 september 2013, zaaknummer Z1-3575585978, niet gepubliceerd.

voor kort verblijf (maximaal drie maanden geldig) in Nederland geweest en is altijd voortijdig teruggekeerd.

11. Voor het uitvoeren van de *'fair balance test'* heeft de Minister van Buitenlandse Zaken een *'margin of appreciation'*, die wellicht ten onrechte wordt vertaald als beoordelingsvrijheid.⁴⁸ In geval van beoordelingsvrijheid dient immers door de rechter terughoudend/marginaal te worden getoetst⁴⁹, daar waar het gaat om toetsing van artikel 8 EVRM volgens Boeles en Toner⁵⁰ weleens volle toetsing vereist zou zijn.⁵¹ Uitgaande van de huidige situatie moet de rechter zich aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁵² dus afvragen of de staatssecretaris in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen. In dat geval onthoudt de rechter zich van een eigen belangenafweging die in de plaats zou kunnen treden van de belangenafweging die het bestuur heeft gemaakt. De rechtbank⁵³ in de onderhavige zaak heeft zich volgens de Afdeling schuldig gemaakt aan het overtreden van deze bestuursprocesrechtelijke regels. Vraag is dus of de rechtbank teveel op de stoel van in dit geval de Minister van Buitenlandse Zaken is gaan zitten. De rechtbank overweegt in rechtsoverweging 5.4 dat zij zich in de toetsing terughoudend zal opstellen. Allereerst stelt de rechtbank dat de minister terecht zwaar gewicht mocht toekennen aan de strafrechtelijke antecedenten ter bescherming van de openbare orde. Daarnaast mocht de minister in het nadeel van de betrokkene meewegen dat hij nimmer in het bezit is geweest van een verblijfsvergunning voor langdurig verblijf. Vervolgens overweegt de rechtbank dat het EHRM groot gewicht toekent aan het belang van het kind om in aanwezigheid van beide ouders op te groeien terwijl vakantiebezoeken en moderne communicatiemiddelen niet als alternatief daarvoor kunnen worden gezien. Gelet hierop en op de omstandigheden die zijn aangevoerd ten aanzien van de dochter van betrokkene oordeelt de rechtbank dat de minister onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij zwaarder gewicht heeft toegekend aan het feit dat sprake is van een eerste toelating in combinatie met een eenmalige veroordeling. De minister had vervolgens een nieuw besluit kunnen nemen waarin in de *'fair balance test'* aandacht zou uitgaan naar het 'belang van het kind' en de jurisprudentie van het EHRM en uiteindelijk toch kunnen beslissen dat het algemeen belang (het voeren van een restrictief vreemdelingenbeleid en de bescherming van de openbare orde) zwaarder weegt. Naar het ons laat aanzien heeft de rechtbank door aldus te overwegen geen eigen belangenafweging gemaakt en die voor het besluit van de minister in de plaats gesteld. De rechtbank heeft slechts geoordeeld dat de minister, gelet op de aangevoerde omstandigheden in samenhang met de jurisprudentie van het EHRM, niet in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen gezien de motivering die ten grondslag ligt aan zijn besluit. De vraag is dan ook waar de Afdeling op doelt met haar oordeel dat de rechtbank te weinig terughoudendheid heeft betracht. Ons insziens is dat een verkeerde conclusie geweest.

12. Een tweede kritiekpunt, nog los van wat er te zeggen valt over de bestuursprocesrechtelijke gang van zaken betreffende het niet horen van partijen ter zitting⁵⁴, gaat over het feit dat de Afdeling in onze ogen te makkelijk voorbij gaat aan de aangevoerde

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW2893, r.o. 2.4.

⁴⁹ L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Bju 2013, p. 331.

⁵⁰ P. Boeles, 'De aanval op de gezinshereniging en de rol van het internationale recht', *Migrantenrecht* 2005, nr. 4, p.120 en 121; H. Toner 'Article 8 ECHR – Full judicial scrutiny?' *Migrantenrecht* 2007, nr. 1+2, p. 48-53.

⁵¹ Zie over de toetsing van artikel 8 EVRM de noot van Geertsema bij ABRvS 1 april 2010, JV 2010/195.

⁵² Onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

⁵³ Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Amsterdam, 26 maart 2014, AWB 13/27283, niet gepubliceerd.

⁵⁴ Zie hierover de noot van Beltman bij AB 2014/261. Advocaat A.M.J.M. Louwerse heeft overigens over dit onderwerp een klacht ingediend bij de Europese Commissie, zie Vluchtelingenwerk Nederland Update 2014/39, p. 7.

jurisprudentie van het EHRM door het beroep daarop af te doen door enkel te overwegen dat het feitencomplex niet overeen komt. Het leest misschien kort door de bocht maar het lijkt erop dat de Afdeling daar waar het haar uitkomt zelf gebruik maakt van de jurisprudentie van het EHRM, ongeacht of het feitencomplex overeenkomt met de haar voorliggende zaak (in dit geval het arrest *Palanci tegen Zwitserland*⁵⁵) en daar waar het haar niet uitkomt het beroep op het betreffende arrest ongegrond acht omdat het feitencomplex niet correspondeert (in dit geval het arrest *Udeh tegen Zwitserland*⁵⁶). Het is logisch dat daar waar ten behoeve van de ‘fair balance test’ een bepaald gewicht gehecht moet worden aan de specifieke aangevoerde omstandigheden voor een beroep op een arrest een vergelijkbaar feitencomplex van groot belang is. Gaat het echter om uitspraken die het EHRM doet over de uitleg van het EVRM of bijvoorbeeld over de factoren die een rol moeten spelen in een ‘fair balance test’, dan is het feitencomplex van een betreffende zaak minder relevant. In *Udeh tegen Zwitserland* heeft het EHRM geoordeeld dat daar waar het kind één van beide ouders niet kan volgen naar het land van herkomst het belang van het kind om op te groeien in aanwezigheid van beide ouders een positieve verplichting voor de Staat met zich brengt verblijf voor de ouder bij het kind mogelijk te maken. Voorts acht het EHRM dat tijdelijke maatregelen niet in de plaats kunnen treden van het recht om samen te leven, zijnde één van de meest fundamentele aspecten van het recht op gezinsleven.⁵⁷ Het EHRM heeft in deze zaak nader uitgelegd hoe het recht op gezinsleven geïnterpreteerd moet worden in gevallen waarin een kind gescheiden dreigt te worden van een ouder die hij of zij niet kan volgen. In *Udeh tegen Zwitserland* leidde de concrete omstandigheden van het geval gelet op de uitleg die het EHRM in het arrest aan het ‘gezinleven’ heeft gegeven tot een schending van artikel 8 EVRM als de Staat tot uitzetting zou overgaan. In de onderhavige zaak heeft de rechtbank naar onze visie daarom terecht overwogen dat gelet op de interpretatie van het gezinsleven die het EHRM heeft gegeven in dit arrest, de minister in redelijkheid niet tot zijn oordeel heeft kunnen komen. De beschikking ontbeert immers een deugdelijke motivering met betrekking tot de uitleg van het EHRM over het begrip gezinsleven in geval het kind één van de ouders niet kan volgen naar het land van herkomst, hetgeen *in casu* niet was betwist. Sterker nog, de beschikking geeft in strijd met het arrest aan dat gezinsleven uitgeoefend kan worden door gebruikmaking van moderne communicatiemiddelen.

13. In tegenstelling tot de rechtbank (en hoogst opmerkelijk anders dan zij eerder overwogen heeft⁵⁸) ziet de Afdeling geen doorslaggevend probleem in de voortzetting van het gezinsleven zoals vader en dochter dat nu ook invullen: via moderne communicatiemiddelen (r.o. 3.4). Er zijn ons geen arresten bekend waarbij de Afdeling stelde dat ook het schrijven van brieven een waardige invulling van het gezinsleven zou zijn. Die wijze van contact onderhouden, bestaat al duizenden jaren, de eerste brieven werden op kleitabletten gevonden. Kennelijk is volgens de Afdeling de definitie van ‘*enjoy each other’s company*’⁵⁹ als onderdeel van artikel 8 EVRM gaan schuiven met de komst van de *webcam* en *Facebook*.

14. De dochter was vier jaar ten tijde van het besluit. Voor zulke jonge kinderen is het opbouwen van een veilige hechtingsrelatie hun meest cruciale ontwikkelingstaak. Fysieke nabijheid van hechtingsfiguren is hiervoor een noodzakelijke voorwaarde. Noch de *webcam*, noch *Facebook* biedt deze fysieke nabijheid. Onderzoek naar de ‘vervangingswaarde’ van de mobiele telefoon voor het onderhouden van contact tussen geëmigreerde Filipijnse moeders

⁵⁵ EHRM 25 maart 2014, *JV* 2014/142 (*Palanci t. Zwitserland*).

⁵⁶ EHRM 16 april 2013, *JV* 2013/246, m.nt. Van Walsum (*Udeh t. Zwitserland*).

⁵⁷ EHRM 16 april 2013, *JV* 2013/246, m.nt. Van Walsum, §52-53 (*Udeh t. Zwitserland*).

⁵⁸ ABRvS 23 december 2012, *JV* 2014/71; *AB* 2014/131 m.nt. Den Houdijker.

⁵⁹ EHRM 14 juni 2011, *JV* 2011/331, m.nt. Van Walsum, §68 (*Osman t. Denemarken*).

en hun achtergebleven kinderen, liet zien dat de kinderen erg ambivalent waren over de vraag of de telefoongesprekken een betekenisvolle relatie met hun moeder mogelijk maakten.⁶⁰

Een fysiek en emotioneel nabije ouder die het kind voedt als het honger heeft, beschermt als het in gevaar is, troost als het pijn heeft, ontwikkelt zich tot een ‘hechtingsfiguur’ voor het kind.⁶¹ Een kind heeft die veilige relatie met de primaire verzorgers nodig om later een gezonde volwassene te kunnen worden, die duurzame relaties kan aangaan, in moeilijke situaties kan overleven en een ontwikkeld moreel kompas heeft.⁶²

15. De juridische reflectie van het pedagogische basisbeginsel dat fysieke nabijheid van hechtingsfiguren noodzakelijk is voor de gezonde ontwikkeling van een kind, is neergelegd in artikel 9 lid 3 VRK. Het kind dat van een of beide ouders gescheiden leeft, heeft recht op regelmatig en rechtstreeks contact met die ouder(s). Natuurlijk verschijnen er nu – via de moderne communicatiemiddelen - *pop ups* die ons melden dat artikel 9 VRK over scheidingen en artikel 10 VRK over herenigingen gaat, zoals in onderhavige zaak het geval is. Maar die kunnen eenvoudig weg geklikt worden onder verwijzing dat het VRK niet alleen een juridisch instrument is, maar ook een pedagogische visie biedt op wat kinderen nodig hebben om zich goed te kunnen ontwikkelen.⁶³ Voor de pedagoog zou lid 3 van artikel 9 VRK even goed in artikel 10 VRK gepast hebben. Maar gelukkig biedt artikel 10 VRK met de drieslagopdracht om aanvragen tot gezinshereniging met ‘welwillendheid, menselijkheid en spoed’ te behandelen meer dan genoeg ruimte om deze pedagogische invulling van het belang van het kind een plaats te geven. Zonder verwijzing naar hechtingstheorieën en andere pedagogische notities is die connectie van beide artikelen ook duidelijk door de ontwerpers en onderhandelaren besproken en vastgesteld.⁶⁴

16. Een kind dat niet bij een ouder verblijft, moet toch regelmatig in de nabijheid van die ouder kunnen verkeren, tenzij dat niet in haar of zijn belang is. Dat geldt voor kinderen die met een kinderschermingsmaatregel uit huis zijn geplaatst, voor kinderen van ouders in de cel, voor kinderen die zelf een straf uitzitten, voor kinderen van gescheiden ouders en voor kinderen waarvan de ouders niet in hetzelfde land wonen. Behalve voor de laatste categorie lijkt dat een open deur.

17. De recentelijke ontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM laten nog nadrukkelijker zien dat het ‘belang van het kind’ een eerste overweging moet zijn in de belangenafweging in situaties waarin een kind gescheiden dreigt te moeten leven van een ouder. Wil dat dan zeggen dat het ‘belang van het kind’ altijd doorslaggevend is in dit soort kwesties? Nee, dat is niet het geval. Afhankelijk van de belangen van het kind die een rol spelen in de context van het concrete geval – die mede gezien *Jeunesse tegen Nederland*⁶⁵ eerst onderzocht en vastgesteld moeten worden⁶⁶ – zullen de factoren die pleiten voor het

⁶⁰ M. Madianou & D. Miller, Mobile phone parenting: Reconfiguring relationships between Filipina migrant mothers and their left-behind children, *New Media & Society*, 2011, nr. 3, p. 457-470.

⁶¹ M.H. Van IJzendoorn e.a., *Opvoeden in geborgenheid. Een kritische analyse van Bowlby's attachmenttheorie*. Deventer: Van Loghum Slaterus 1985, p. 51-58.

⁶² J. Bowlby, *Attachment and loss. Attachment. Vol. 1*, New York: Basic Books 1971.

⁶³ M. Blaak e.a., De rechten van het kind, in: M. Blaak e.a. (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht. Een toelichting voor rechtspraak en jeugdbeleid op het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*. Leiden: Defence for Children 2012, p. 37.

⁶⁴ S. Detrick (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the “Travaux Préparatoires”*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1992, p. 162 e.v.

⁶⁵ EHRM 3 oktober 2014, *JV* 2014/343, m.nt. Boeles, §109 en §120 (*Jeunesse t. Nederland*).

⁶⁶ M.E. Kalverboer en D. Beltman, General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures. De toepassing van General Comment nummer 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien

algemeen belang echter zwaarwegender moeten zijn om nog doorslaggevend te kunnen zijn in het voordeel van de Staat. Gelet op de hierboven besproken recente ontwikkelingen en gezien de omstandigheden in de onderhavige zaak, lijkt het ons niet onwaarschijnlijk, dat mocht het EHRM zich over deze zaak buigen, het zal oordelen dat op de Nederlandse Staat een positieve verplichting rust op grond van artikel 8 EVRM om aan betrokkene verblijf toe te staan.

Daan Beltman en Carla van Os

Beide auteurs zijn als onderzoeker verbonden aan het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht van de Rijksuniversiteit Groningen